
La cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique

Gérard Timsit



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/381>
DOI : 10.4000/ress.381
ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 1 février 2005
Pagination : 81-86
ISBN : 2-600-00958-2
ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Gérard Timsit, « La cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLIII-131 | 2005, mis en ligne le 05 novembre 2009, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/381> ; DOI : 10.4000/ress.381

Gérard TIMSIT

LA CUMULATIVITÉ DES CONNAISSANCES DANS LE DOMAINE DE LA SCIENCE JURIDIQUE

Traiter de la cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique implique que l'on traite de deux problèmes – étroitement reliés. D'abord, le problème de la définition de ce que l'on appelle « connaissances » en ce domaine : les « connaissances » désignent-elles les connaissances théoriques – dont la science juridique serait la somme – relatives aux normes ? Ou bien désignent-elles les connaissances empiriques – dont la science juridique fait son objet et le matériau de sa réflexion, et qui sont constituées de l'ensemble des normes auxquelles s'applique la réflexion théorique ? Dans le premier cas – les connaissances *relatives aux* normes –, l'on parlerait de connaissances « méta-normatives » ; dans le second, il s'agirait de connaissances « normatives », de la connaissance *des* normes. La distinction n'est pas originale – on la retrouve dans toutes les sciences – entre l'objet d'une science et les connaissances théoriques relatives à l'objet de cette science. Peut-être, cependant, est-elle un peu plus importante et difficile à faire en droit qu'ailleurs – parce qu'en droit, à la fois, la distinction de l'objet de la science et de la science de l'objet est plus malaisée – on y confond trop volontiers science et pratique du droit, le « droit » étant le plus souvent, dans l'esprit de ceux qui en « font », une technologie plutôt qu'une discipline –, mais aussi parce que l'objet de la science juridique, le matériau auquel elle consacre son étude, la norme, est difficile à isoler de son environnement – du contexte dans lequel elle fonctionne. De fait, l'on n'a jamais trop bien su distinguer entre ce qui relevait de l'objet de la théorie – dans la mesure où la théorie se prononce sur la consistance de l'objet – et la théorie relative à l'objet. Des efforts ont pourtant été entrepris par certains théoriciens du droit pour tenter de donner quelque solidité à cette distinction. On peut au moins faire référence à deux tentatives. La première est celle des positivistes : construite autour de l'idée que le droit, c'est le seul droit posé – *jus positum* – par le législateur, elle prétendait distinguer soigneusement le droit de la morale et de toutes les autres normes, sociales ou religieuses, par exemple ; elle prétendait donc identifier le droit à la norme édictée par l'Etat, seule instance habilitée à régir, par le moyen de la contrainte, le comportement des membres de la collectivité. La deuxième tentative a été le fait de Kelsen. Se voulant « théorie pure » et focalisée sur la norme – théorie normativiste, se dénomme-t-elle. –, « elle se propose uniquement et exclusivement de connaître son objet [et] souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet »¹.

¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962

Malgré de telles tentatives, il reste difficile de distinguer entre connaissances normatives et méta-normatives. Le droit présente en effet cette particularité fondamentale qu'alors même que l'on y introduit la rigueur kelsenienne exigeant d'en réduire l'objet aux seuls normes qui le constituent, les normes en lesquelles il devrait s'analyser ne peuvent être dissociées de leur «effectuation», de leur mise en œuvre. Une fois énoncée, en effet, la norme édictée par le législateur et inscrite dans un texte nommé loi est porteuse d'un certain nombre d'interprétations possibles, virtuelles, dont seule l'une, parmi toutes celles qu'elle rend possibles, est consacrée dans la réalité – et ne l'est qu'au moment de son application – de son effectuation- dans un cas individuel. Il est donc impossible de réduire la connaissance normative aux seuls textes édictés par le législateur. Et un problème supplémentaire se posera donc : celui de la manière de cumuler des connaissances qui ont cette particularité d'avoir trait à des objets distincts : d'une part, des propositions revêtant une forme abstraite, générale et impersonnelle, d'autre part des propositions particulières, individualisées, résultant de l'application de propositions générales à des espèces concrètes, des cas singuliers à l'occasion desquels les propositions générales acquièrent leur signification précise.

Autrement dit, le problème de la cumulativité des connaissances dans le domaine de la science juridique n'est pas seulement un problème de définition des connaissances – normatives ou métanormatives. C'est aussi, c'est surtout, en raison même de la difficulté à distinguer entre normatif et métanormatif, un problème de distinction, dans la cumulativité des connaissances, entre d'une part l'accumulation de connaissances – des connaissances hétérogènes, les unes à portée générale, les autres à caractère singulier... –, et d'autre part l'articulation des connaissances ainsi accumulées.

L'ACCUMULATION DES CONNAISSANCES NORMATIVES

Elle n'a d'autre fin que de permettre de disposer pour l'avenir de ces connaissances utiles au fonctionnement de la société. Nul n'étant censé ignorer la loi, tous doivent pouvoir y accéder. Les connaissances normatives doivent donc être stockées. Ne peuvent cependant être stockés que des matériaux en état de l'être. S'agissant de normes, il faut qu'il s'agisse de normes qui aient été préalablement formulées. Or toutes les normes ne le sont pas nécessairement de manière explicite : que l'on songe aux normes coutumières... Il faut donc distinguer – là encore – entre deux problèmes – de la formulation et du stockage des connaissances normatives.

1. La plupart des normes, dans nos sociétés contemporaines, sont explicitement formulées par des autorités ou instances régulièrement habilitées à cet effet. La formulation peut alors revêtir l'une ou l'autre des deux formes extrêmes suivantes² : soit la formulation se fait en usant d'un maximum de concepts abstraits destinés à rendre compte des catégories (de personnes, d'objets...)

² H. Hart, *Le concept de droit*, Editions des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987

auxquelles s'applique la norme et des types de comportements qu'elle prescrit, interdit, autorise, etc.; soit la formulation se fait au contraire en usant d'un minimum de termes abstraits, la norme s'identifiant alors à l'indication du comportement prescrit, interdit, autorisé dans une circonstance donnée à un individu déterminé. Dans le premier cas, l'on a affaire à une norme de caractère général et impersonnel, habituellement édictée par le législateur – c'est la technique dont usent le plus souvent les pays de droit écrit; dans le second, c'est le cas des pays de *common law*, l'on a affaire à un droit essentiellement jurisprudentiel – qui résulte du cas à l'occasion duquel il a été produit et dont la règle qui le régit sera, ensuite, généralisée à l'ensemble des cas semblables.

Il existe, outre ce type de normes, des normes informelles: les règles coutumières en sont le meilleur exemple. Nées de pratiques répétées et généralement considérées comme devant être respectées et reproduites, elles ne peuvent faire l'objet d'une opération de stockage que si elles reçoivent préalablement une formulation de la part du juge qui les entérine et leur donne la caution du jugement qui les explicite et y soumet les justiciables, ou de celle du législateur qui les énonce dans la loi qu'il élabore.

2. Le stockage, dans cette hypothèse, prend alors la forme d'une opération de codification -c'est-à-dire du rassemblement, intégral ou partiel, des normes, soit déjà explicitement formulées, soit recevant désormais une formulation explicite, en un tout organique dénommé code.

Trois types de codifications existent – qui correspondent, en gros, à trois phases historiques distinctes. Une phase primitive, où la codification – le stockage des connaissances – se fait par simple *compilation* et collecte de données brutes juxtaposées dans un code simplement destiné à authentifier les connaissances normatives – les normes applicables – relatives à un domaine ou un pays déterminés. Ce type de code sert souvent, dans les sociétés anciennes et en voie de «statification»³, à donner aux normes coutumières qui jusqu'alors régissaient le fonctionnement du groupe social une estampille officielle. Ensuite, une phase moderne, où la codification se fait par *rationalisation* du droit – c'est la phase du «désenchantement du monde». La codification du droit est alors destinée à permettre l'énoncé ordonné de règles abstraites et générales produites à partir de la systématisation de cas jurisprudentiels ou de règles circonstanciées édictées au hasard des nécessités de la gestion de la collectivité. Enfin, la phase la plus récente -où la codification se fait par le simple énoncé, non des normes substantielles qui composent le droit, mais des valeurs et principes qui en constituent le fondement et qui définissent des *orientations* ou un programme normatifs. Avec ce troisième type de codification, se pose de manière particulièrement aiguë le problème de l'articulation entre les différents types de connaissances préalablement stockées. Ces propositions inscrites dans les codes sont-elles ou non déjà des normes? Où donc est le droit? – dans le code, déjà, ou dans l'exécution qui en est faite?

³ Sur cette notion, cf. G.. Timsit, *Théorie de l'administration*, Economica, 1986

L'ARTICULATION DES CONNAISSANCES NORMATIVES

Le problème ainsi posé est suffisamment important pour avoir déjà fait l'objet de quelques uns des développements les plus célèbres de la réflexion théorique sur le droit, une réflexion qui a pris la forme de métaphores fameuses – des métaphores qui, cependant, ne rendent compte qu'assez mal des réalités empiriques et de la manière dont on peut les traduire dans l'un ou l'autre des deux modèles auxquels, finalement, se réduit le problème de l'articulation des connaissances normatives.

1. Les métaphores de l'articulation des connaissances sont connues : la bouche de la loi (Montesquieu), la pyramide des normes (Kelsen), le roman à la chaîne (Dworkin⁴) ... Dans les trois cas, une image destinée à rendre compte des conditions dans lesquelles s'établissent les rapports entre normes supérieures et inférieures... Aux termes de la première métaphore, le jugement – rendu par un juge qui n'est que « la bouche qui prononce les paroles de la loi » – apparaît comme la simple transcription de la volonté du législateur – à l'égard duquel l'auteur du jugement ne dispose d'aucune liberté : la puissance judiciaire en devient « invisible et nulle ». Selon la seconde métaphore, qui fait de l'ordre juridique un système pyramidal, la norme inférieure –juridictionnelle ou réglementaire- ne peut guère être qu'un acte de simple concrétisation de la norme supérieure -législative ou constitutionnelle. Enfin, la troisième métaphore veut signifier que les relations entre normes sont du même type que celles qu'entretiennent entre eux les chapitres d'un même roman « écrit à la chaîne » par des romanciers différents. Chacun d'eux, auteur d'un des chapitres du roman, à la fois doit se situer « dans la ligne » du chapitre précédent et dans le même temps se trouve « libre » à l'égard des développements, des personnages et des situations de ce chapitre.

Dans les trois métaphores, se trouve ainsi posé le problème du degré d'intégration et d'articulation des connaissances normatives formulées et stockées antérieurement. Dans quelle mesure ces connaissances s'imposent-elles aux subordonnés ? Dans quelle mesure peuvent-ils s'en affranchir ? Dans la métaphore Montesquieu, le juge ne bénéficie d'aucune liberté. Dans la métaphore kelsenienne, sa liberté est à la mesure exacte de celle que confère le fait de passer de l'abstrait au concret. Enfin, dans la métaphore dworkinienne, la liberté du juge se trouve définie et limitée par les exigences de compatibilité et de qualité qu'imposent les principes et valeurs du droit-intégrité. On peut ne pas se satisfaire de telles réponses : l'articulation des connaissances s'y trouve traitée à partir de simples images transposées en droit, et sans égard à la réalité -une réalité qui ne saurait être réduite aux seuls aspects privilégiés arbitrairement par l'une ou l'autre des trois métaphores.

2. La vérité est, semble-t-il, différente – qui fonctionne selon l'un ou l'autre, et parfois l'un et l'autre, des deux modèles suivants : un modèle traditionnel et un modèle en voie d'émergence.

⁴ R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF 1995 ; *L'empire du droit*, PUF 1994.

Le modèle de la normativité traditionnelle, d'abord – il se dédouble lui-même en modèle du marché et modèle de l'Etat. Le modèle du marché est un modèle de la normativité économique – d'une normativité spontanée fondée sur le mécanisme des prix : modèle décentralisé, il s'oppose au modèle de l'Etat, hiérarchisé au contraire, modèle d'une normativité bureaucratique imposée – fondée, elle, sur le mécanisme des règles édictées par l'Autorité. Les deux modèles, malgré ces différences, se caractérisent tous deux par l'exogénéité de leurs mécanismes : des mécanismes extérieurs aux individus membres de la collectivité dont ils prétendent régir le fonctionnement – le mécanisme des prix, parce qu'il échappe à tous ; le mécanisme des règles, parce qu'il s'impose à tous. Ce sont aussi, tous deux, des modèles caractérisés par l'uniformité qu'ils instaurent ou garantissent dans le traitement des membres de la collectivité : la norme est censée y être égale pour tous et doit y permettre la satisfaction optimale de l'ensemble des membres de la collectivité – en témoignent la notion d'équilibre général dans la théorie du marché et celle d'intérêt général dans le modèle de l'Etat. Enfin, ce sont tous deux des modèles caractérisés par la fixité et la prévisibilité des normes qu'ils mettent en œuvre : la norme applicable y est le résultat, dans tous les cas, de l'application -reproduction fidèle, transcription – de la norme supérieure. Le type d'articulation des connaissances qui en résulte est fortement intégré. La liberté de création normative aux échelons inférieurs est en principe nulle, aucune liberté d'appréciation des circonstances de fait n'étant concédée à ces niveaux et les circonstances de fait ni les conditions techniques qui ont entouré l'élaboration de la décision ne pouvant avoir de part dans le contenu même de la décision.

A ce modèle, s'oppose trait pour trait un second modèle – le modèle d'une normativité nouvelle, d'une normativité émergente en train de s'affirmer sous le nom de régulation. Elle prend l'exact contre-pied de la normativité traditionnelle de réglementation. Ce second modèle, ne se substitue pas mais se juxtapose à l'ancien : il est caractérisé par trois traits, exactement antinomiques de ceux qui définissent le modèle précédent. Mutabilité, d'abord – par opposition à la fixité et la rigidité de la normativité traditionnelle : une mutabilité due, en particulier, à la réintégration, dans le processus normatif, de la phase d'expertise qui en avait été artificiellement dissociée dans le modèle de la normativité traditionnelle ; la normativité nouvelle est essentiellement adaptable aux circonstances de fait, la régulation apparaissant ainsi comme le moyen de « coller » au plus près de la réalité. Singularité, ensuite – par opposition à l'uniformité de la normativité traditionnelle : l'adaptation de la norme aux circonstances de fait implique en effet que la norme soit adoptée en considération des éléments concrets qui définissent la spécificité et la particularité du cas auquel elle est appliquée – on assiste là à la montée en puissance des phénomènes de dérogations en droit et l'on perçoit, au bout de cette logique, les voies ouvertes à la différenciation et la discrimination – qui peut être, selon les pays, « justifiée » (par exemple en France) ou « positive » (aux Etats-Unis)... « Justifiée » ou « positive », mais dans quelles limites ? Endogénéité, enfin : sous ce nom, l'on voudrait désigner l'un des phénomènes les plus marquants dans la transformation récente de la normativité : l'apparition d'une auto- ou endo-normativité, d'une normativité qui, au lieu d'être, comme c'était jusqu'à présent le cas, organisée autour du pôle et de la notion de puissance publique, s'organise désormais autour du pôle opposé : celui de la société civile et des associations censées la représenter ou en traduire les intentions, les soucis et

les préoccupations -une normativité caractérisée par «l'élaboration et le respect par les acteurs eux-mêmes de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application». L'on retrouve là la décentralisation, la non-hiérarchisation que revendiquent les régulateurs et qui permettent de fonder et ancrer la légitimité des règles de fonctionnement à travers des techniques diverses visant en particulier à garantir, mais d'autre manière que dans la normativité traditionnelle, la transparence, la prévisibilité, l'impartialité de leur action -ce qui les met en mesure d'obtenir – ce en quoi s'analyse très exactement la légitimité – la reconnaissance par leurs pairs (les autres régulateurs) et par les acteurs du système eux-mêmes. Naissance d'une démocratie «dialogique» à l'écart, ou en supplément, des démocraties représentative et participative...

Ainsi, tandis que, dans la normativité ancienne, l'équilibre est pré-ordonné - les règles étant les mêmes pour tous –, dans la nouvelle normativité, l'équilibre est engendré, produit par le jeu de la régulation – le jeu de règles différentes, singulières et variables, d'un cas à l'autre. Ce que suggérerait donc ce nouveau modèle, c'est – dans le domaine du droit – un nouveau type d'accumulation des connaissances – qui ne pourrait plus être conçu comme phénomène de simple addition, reproduction ou retranscription uniforme et homogène de connaissances dont il s'agirait de tirer par déduction toutes les conclusions, mais comme phénomène d'auto-production -d'auto-génération- de connaissances produites par des milieux et des instances différents – un nouveau bricolage normatif?

Professeur émérite à l'Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne